

ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO A LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA Y A LOS PODERES DE LOS REPRESENTANTES

Mario Castillo Freyre*

SUMARIO:

- 1 *Introducción*
2. *La Ley de la Garantía Mobiliaria*
3. *¿Qué poderes debemos requerir al constituyente en el caso de personas jurídicas para el otorgamiento de la garantía mobiliaria?*

1 INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que una obligación puede merecer para un acreedor un alto grado de confianza en su futuro cumplimiento, tan sólo por las características, condiciones y cualidades del deudor.

Con ello queremos decir que habrá casos en los cuales al acreedor no le cabrán dudas de que su deudor le pagará la obligación asumida, en consideración a la fiabilidad de la palabra empeñada y a su solvencia patrimonial.

Pero debemos reconocer que ello no será así en la mayoría de los casos, habida cuenta de que en las sociedades contemporáneas será difícil tener un conocimiento previo y personal de todo aquél con quien uno contrate.

Es así que, independientemente de la información que se pueda obtener de aquél con quien uno va a contratar, generalmente resultará indispensable la constitución de garantías que aseguren, lo más posible, que el deudor va a honrar su deuda.

Fernando Cantuarias, Nuria De la Peña y Heywood W. Fleisig describen esta situación.¹ Así, señalan que quienes participan en los mercados crediticios cuentan con información asimétrica. El deudor conoce su verdadera situación y el destino

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Nuria DE LA PEÑA y Haywood W. FLEISIG. *Trabas legales al crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias*. Lima: UPC, 2000, pp. 28 y 29.

del crédito; el prestamista o acreedor, en cambio, tiene que adivinarlos.

El prestamista o acreedor se enfrenta, entonces, con un riesgo moral: puede estar convencido de la confianza depositada en el deudor cuando le otorga un préstamo por un monto pequeño, pero puede temer un comportamiento distinto si le otorga un crédito de mayor envergadura.

El acreedor –agregan los autores citados– se enfrenta con un problema de selección adversa; esto es, no puede compensar totalmente el riesgo mayor por medio de tasas de interés más altas, porque si un deudor acepta pagar tasas más altas, puede estar ocultando la magnitud de su compromiso en un proyecto muy arriesgado o, peor aún, puede ocurrir que no tenga la intención de pagar los intereses ni el crédito.

El esquema descrito no sólo afecta al acreedor sino también al deudor, quien se encuentra con dificultades para convencer al prestamista de que va a pagar el crédito; el prestamista se encuentra con la incertidumbre de saber si el deudor pagará o no el crédito.

Resaltan los autores mencionados que las medidas que podría adoptar el prestamista conllevarían, de no existir la figura de la garantía, al otorgamiento de créditos por montos pequeños a altas tasas de interés, a plazos de pago cortos, a individuos conocidos. Si, por el contrario, la ley permite al deudor ofrecer, efectivamente, bienes en garantía, el resultado es un mercado crediticio más eficaz. «Si el deudor privado puede ofrecer bienes en garantía del crédito, al mismo tiempo puede obtener préstamos por montos más elevados, a plazos de pago más largos y a tasas de interés más bajas».²

En ese marco, el sistema de garantías debería surgir, tal cual se puede apreciar, como un mecanismo que tenga por finalidad otorgar al acreedor el elemento seguridad.

Siguiendo este razonamiento se puede sostener que con las garantías se busca otorgar certeza al acreedor y, consecuentemente, restablecer el equilibrio en su relación crediticia.

El esquema que acabamos de delinear es algo más complejo si consideramos –como se hizo en el Documento de Trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas: Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales– que el acceso al crédito tiene dos componentes. Por un lado, quién accede al crédito, por otro, en qué condiciones accede.

² *Ibid.*, p. 30.

El primero de los componentes se encuentra vinculado a la confianza que genera el deudor como tal. Sin importar qué tan buena sea la garantía que éste ofrezca, si el acreedor no tiene confianza en él, por conocer –por ejemplo– que es un mal pagador, lo más probable es que no le preste dinero.

El segundo de esos componentes se encuentra vinculado, a su vez, a dos condiciones que debe reunir el deudor y que también han sido señaladas en el Documento de Trabajo mencionado:

1. Solvencia, es decir, demostrar capacidad de pago; y
2. Una garantía que asegure la recuperación del monto adeudado.

Lo anterior, entonces, hace que podamos afirmar que, a grandes rasgos, las garantías permiten al acreedor reducir el riesgo de incumplimiento por parte del deudor, asegurando la recuperación del monto prestado a este último.

Introduciéndonos en su función, además de la certeza o seguridad que aportan, debemos destacar que, en principio, las garantías reducen los costos del acreedor, quien podrá centrar su vigilancia sobre el bien o conjunto de bienes que han sido gravados y no sobre todo el patrimonio del deudor. Asimismo, esa reducción de costos se manifiesta gracias al derecho oponible que otorga la garantía al acreedor, lo que le concede, como correlato, un derecho preferente y persecutorio sobre el bien objeto de la garantía.³

La Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha miércoles 1 de marzo de 2006, y vigente desde el 30 de mayo de 2006, representa un intento por brindar un marco jurídico adecuado para las garantías sobre bienes muebles, evitando la dispersión de las diversas prendas especiales que existían antes de esta Ley.

En general, quienes promovieron la dación de la Ley de la Garantía Mobiliaria, identificaban tres problemas que restaban eficacia a las garantías, los cuales podían distinguirse en función de la etapa en la que dichos problemas se manifestaban:

- Problemas en la constitución de las garantías.
- Problemas en el rango de prioridad y el sistema de publicidad.
- Problemas en la ejecución de las garantías.

El primero de los problemas –aduce la mayoría de críticos de nuestro sistema– se encuentra vinculado a los altos costos que supone constituir una

³ GARCÍA MONTÚFAR SARMIENTO, Juan Felipe. «El sistema de garantías: Actualizando nuestra visión». En: ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? Lima: UPC, 2001, p. 275.

garantía en el Perú, además de no promover que los bienes muebles sean revalorizados y, en consecuencia, a través de ellos los sujetos puedan acceder al crédito. En tal sentido, una de las dificultades que han sido comúnmente destacadas es que el sistema de garantías en el Perú restringe el acceso al crédito al valor de los bienes inmuebles que se pudieran ofrecer como garantías.⁴

El segundo de los problemas planteados, se ubica en lo que se conoce como perfeccionamiento de la garantía, manifestándose en la falta de seguridad que tiene el acreedor garantizado respecto de su rango de prioridad o, por fallas en la publicidad, en su incertidumbre respecto a si el bien ya se encuentra gravado.

Gran parte de estas dificultades tenían como origen la caótica legislación con la que se regulaban las diversas garantías especiales que integraban nuestro sistema.

Según subrayan los propulsores de la Ley de la Garantía Mobiliaria, cada uno de estos registros, algunos de propiedad y otros de garantía, tenía sus propias reglas y requisitos; y al no encontrarse interconectados, se creaba el riesgo de que un mismo bien fuese inscrito en más de un registro. El ejemplo más claro era que un vehículo automotor podía ser, al mismo tiempo, objeto de prenda vehicular y de una prenda global y flotante.

En lo que respecta a la ejecución de garantías, es por todos conocido que la misma se caracterizaba por ser lenta y onerosa, acrecentando los riesgos del acreedor de no recuperar el monto que le era adeudado.

Según indicaban los promotores de la Ley, la ejecución muchas veces absorbe más tiempo que la vida económica de la gran mayoría de bienes muebles, convirtiendo a éstos en objetos de garantías que se deprecian hasta llegar sin ningún valor al momento de la recuperación forzosa de un préstamo.⁵

Es verdad que son varios los esfuerzos que se han realizado en los últimos años en el Perú, a fin de modificar y mejorar nuestro sistema de garantías.

La Ley de la Garantía Mobiliaria se ha construido sobre la base de lo desarrollado por Fernando Cantuarias, Heywood W. Fleisig y Nuria De la Peña en su trabajo *Trabas legales al crédito en el Perú: Garantías mobiliarias*, naturalmente, con numerosas modificaciones.⁶

Según los referidos autores, dicha Ley tiene las siguientes características:⁷

⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Nuria DE LA PEÑA y Haywood W. FLEISIG. *Op. cit.*, p. 15.

⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁷ *Ibid.*, pp. 23 y 24.

- La ampliación de la constitución de garantías para incluir todas las operaciones de crédito y tipos de bienes y acreedores.
- El establecimiento de un único rango de prioridad de acreedores a partir de un registro simple de aviso de garantía.
- La modernización de dicho sistema de registro sancionando un sistema de archivo de avisos de garantía.
- Reducir los costos y aumentar la celeridad en la ejecución de las garantías, incentivando la ejecución extrajudicial y validando el pacto comisorio.
- El establecimiento de un Archivo Electrónico de Garantías, a efectos de ofrecer un sistema eficiente para el registro de avisos de garantías sobre bienes muebles.
- La sanción de regulaciones técnicas que establezcan estándares técnicos universales, para permitir competencia en la provisión de servicios de registro y para facilitar el acceso público a la información.

Debemos admitir que los comentarios formulados por dichos autores resultan acertados en diversos aspectos, no obstante lo cual no podemos dejar de subrayar que en su afán por construir una respuesta jurídica acorde con las necesidades económicas, su planteamiento, al igual que el de la Ley que en él se inspira, ha menospreciado la importancia de la seguridad jurídica.

En efecto, necesitamos de un sistema equilibrado, en el cual debe primar la seguridad jurídica. Asimismo, estamos convencidos de que la modificación del sistema de garantías reales debió partir de la comprensión de que dicho sistema debía proteger los intereses de todos los involucrados. No se podía ni debía establecer una legislación que favoreciera a unos en perjuicio de otros.

2. LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Como ya se ha adelantado, el propósito de este Proyecto era el de establecer un marco legal e institucional para las garantías reales y, con ello, vencer los obstáculos que enfrentan los agentes económicos.

Como fue expresado oportunamente, el referido Proyecto se convirtió en Ley el 1 de marzo de 2006 y rige desde el 30 de mayo de ese mismo año. La Ley de la Garantía Mobiliaria brinda un tratamiento a las garantías sobre bienes muebles. Para tal efecto se orienta a crear dos registros; a saber:

Por un lado, el Registro Mobiliario de Garantías, en el que se inscribirán los bienes mobiliarios por los que se otorgarán documentos negociables que podrán ser utilizados como garantía para acceder al crédito.

Por otro, un Registro Mobiliario de Contratos, que será utilizado para

inscribir los actos jurídicos que recaigan sobre bienes muebles no registrados; en tanto los actos inscribibles referidos a bienes muebles registrados seguirán inscribiéndose en los diferentes Registros de Bienes ya existentes o por crearse.

De esta manera, a través de la Ley de la Garantía Mobiliaria se ha creado un Sistema Integrado de Garantías y Contratos.

Ahora bien, como se desprende del Dictamen de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, la Ley pretende solucionar los problemas que ha generado el sistema de garantías mobiliarias, el mismo que tuvo como gran protagonista a la prenda.

Tales problemas, a decir del Dictamen, eran los siguientes:

- Las limitaciones inherentes de la figura de la prenda.
- La ineficiente y desarticulada regulación de su constitución, publicidad, prelación y ejecución.
- La falta de un registro único de garantías.
- Un sistema de ejecución judicial de garantías lento e impredecible, que beneficiaba al mal pagador.

Identificados los problemas, queda por preguntarnos si la Ley de la Garantía Mobiliaria constituye la respuesta adecuada al problema. Antes de ello, consideramos apropiado señalar que estamos de acuerdo con la idea de que los bienes muebles recuperen su valor; sin embargo, estamos convencidos de que es imprescindible analizar los riesgos y parámetros, de modo que ese objetivo pueda alcanzarse.

Dentro de tal orden de ideas, uno de los puntos que no podemos eludir es que –según se indica en el Dictamen que precedió al Proyecto– el gran objetivo de la Ley consiste en ampliar las formas de financiamiento, de modo tal que éste ya no estaría casi exclusivamente a cargo del sistema bancario y financiero. De este modo, uno de los fines principales que se persiguen con la dación de la citada norma es que disminuya ese 90% del mercado que manejan hoy los bancos y empresas del sistema financiero.

En lo personal, no estamos de acuerdo con esta premisa. En nuestra opinión, en el Perú debe apuntarse a la solidez del sistema financiero. En una economía sana no sólo es bueno tener bancos que funcionen bien; la idea es tener bancos sólidos. Dadas las características particulares de nuestro sistema, parte de esa economía sana implica que el crédito se concentre en el sistema financiero.

Estamos convencidos de que, dadas las condiciones de nuestro país, el

sistema financiero debe seguir siendo la figura principal del mercado del crédito. Ello, por dos razones fundamentales:

Primero, porque la actividad desarrollada por el sistema financiero se encuentra minuciosamente controlada a través de la Superintendencia de Banca y Seguros, control que no existe con respecto de las personas naturales o personas jurídicas que puedan prestar dinero y que sean ajenas a ese sistema financiero.

En segundo lugar, porque en el sistema financiero existe transparencia en las operaciones, tanto en lo que concierne a las tasas de interés que se cobran a los clientes (tasas activas regidas por el libre mercado), como en los gastos que se facturan.

Si un banco presta 100 soles a un cliente, en los respectivos documentos figurará 100 soles; en cambio, cuando un particular presta 100 soles, si ese particular fuese un usurero, en el documento respectivo figurará 500 soles, pues es de esa forma que se disfrazarán los intereses usurarios.

De esta manera, las cifras que manejan las instituciones financieras son públicas para el Estado y para la sociedad, a través de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Si se elimina o reduce ese control y esa transparencia, se eliminará también el control respecto al lavado de dinero. En otras palabras, se abrirá la posibilidad de que ese tipo de actividades delictivas se vean fortalecidas. No olvidemos que en nuestro país, gracias –en gran parte– al narcotráfico y a otros actos ilícitos, el lavado de dinero representa un serio problema que resulta necesario combatir.

Si se le da la bendición al crédito fuera del sistema financiero y de los controles que ello supone, no sólo se facilitará el acceso al crédito sino también la posibilidad de blanquear dinero proveniente de actividades ilícitas.

Pero hay más, pues se está partiendo del desconocimiento de una realidad, ya que desde 1991 el Banco Central de Reserva del Perú ha establecido un régimen dual para las tasas máximas de interés.⁸

En el régimen legal peruano no podría darse esa competencia en el

⁸ Así, las operaciones realizadas dentro del Sistema Financiero carecen de tasas máximas, razón por la cual se rigen por la libre oferta y demanda. Ello, a diferencia de las operaciones realizadas fuera del Sistema Financiero, para las cuales el Banco Central de Reserva ha establecido tasas máximas en función del promedio ponderado diario de las tasas activas de las instituciones del Sistema Financiero (la TAMN y la TAMEX).

otorgamiento de crédito, por parte de entidades que no se hallan dentro del Sistema Financiero con aquéllas que sí pertenecen a dicho Sistema Financiero. Las primeras tienen topes para evitar se configure el delito de usura; las segundas no.

Además, cabe resaltar que si no hay control por parte del Estado en torno a las actividades que se dan fuera del Sistema Financiero, también se podría ver perjudicada la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), puesto que, en realidad, no se cruzaría información del movimiento de dinero – como hoy en día sí ocurre–. Se tendría que confiar en las cifras de los registros, que contienen información proporcionada por los mismos particulares, sin la seguridad que otorga el Sistema Financiero.

Si lo que se pretende es fomentar la formalidad, ésta debería ser completa. La Ley de la Garantía Mobiliaria, sin embargo, nos ofrece en la práctica una formalidad a medias, una formalidad en la que la seguridad jurídica se encuentra ausente.

Pero eso no es todo; aún son más las dudas que genera la Ley, si pensamos en las personas, naturales o jurídicas, que –en calidad de prestamistas informales– tomarían ese porcentaje del mercado que, de acuerdo al Dictamen del Proyecto que dio origen a esta Ley, ya no tendrían los bancos y las empresas financieras.

¿Qué, acaso esas personas no podrían ser usureros, personas dedicadas a abusar de la necesidad de otros, cobrándoles altos e ilegales intereses? Gracias a la Ley es muy probable que ello pueda ocurrir.

En efecto, a pesar de las buenas intenciones que subyacen a la Ley, ésta podría conllevar la legalización e institucionalización de un delito sancionado en el Código Penal: la usura.

Decimos esto, pues los usureros tendrán la posibilidad de utilizar en su beneficio la Ley y los mecanismos que aquélla establece. Así, podrían seguir prestando dinero estableciendo cifras distintas a las verdaderas, destinadas a ocultar intereses usurarios. Pero, de igual manera, podrían valerse de esas garantías eficientes y quedarse, al final, rápidamente con los bienes gracias al pacto comisorio y la subvalorización de los bienes objeto de la garantía o, incluso, a la venta extrajudicial del bien, pues la celeridad resta certeza y seguridad a la operación, evitando con ello la transparencia y el control de la legalidad de las operaciones, la misma que en estos casos es indispensable.

Es cierto que en países como Estados Unidos y Canadá existe un mercado del crédito en el cual los bancos sólo tienen el control del 40%; no obstante, no olvidemos que en esos países también existe una elevada cultura del crédito y, además, mayores instrumentos que permiten que el desarrollo de las operaciones sea

lo suficientemente claro y transparente.

En nuestro país, por el contrario, la mayoría de personas le tiene miedo a los préstamos, los cuales son tomados como un último recurso, como una última opción.

La ley peruana es muy exigente con la constitución y el funcionamiento de los bancos y las empresas del sistema financiero. Ello tiene una razón de ser. Las exigencias del capital mínimo, de la evaluación de las condiciones profesionales y personales de los involucrados en el manejo de la empresa financiera no son meros caprichos del legislador. La idea que sustenta esas exigencias es la seguridad, es la protección del ahorro y de los intereses de los usuarios, además, claro está, de la protección del sistema en general.

Pero no sólo debemos preocuparnos de los usureros, sino también de empresas como la extinta CLAE. Quien presta dinero fuera del sistema financiero, no lo hace con menos intereses que un Banco; esa no es la lógica que acompaña los créditos entre sujetos que no forman parte del sistema financiero.

Cabe resaltar además que mientras a los Bancos, obviamente, les interesa recuperar el dinero prestado y, por ende, ven la ejecución de la garantía como un último recurso, no suele ocurrir lo mismo cuando quien presta no es una entidad financiera. Los prestamistas o usureros, cuando prestan dinero lo hacen no sólo con la idea de recuperar el dinero prestado y sus intereses sino, muchas veces, con la idea de quedarse, al final, con el bien dado en garantía. Esto último se verá enormemente favorecido con la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Estamos de acuerdo en que se necesitaba un marco legal que promoviese la transparencia y el flujo de información, que otorgue seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la ejecución oportuna de las garantías, que ofrezca un mecanismo efectivo de recuperación de deudas y de salida del mercado para empresas en problemas, un marco que reduzca los costos del financiamiento y que aumente el campo de personas que puedan ser sujetos de crédito.

Sin perjuicio de compartir esas ideas, no estamos convencidos de que la Ley de la Garantía Mobiliaria logre todos esos propósitos. Por lo pronto, ya hemos comprobado que en su afán de ampliar el acceso al crédito, reduciendo el rol que desempeñan los bancos y las empresas financieras, lo que podría lograr es restar transparencia y seguridad a las operaciones, facilitando el desarrollo de actividades ilícitas, tales como la usura, el hurto y el lavado de dinero.

Dentro de tal orden de ideas, debemos señalar que si hay algo de lo que estamos convencidos es de que se imponía la necesidad de enmendar el sistema de

garantías prendarias, debido a su falta de organicidad. Sin embargo, nos preguntamos si, en efecto, el tratamiento que el tema recibe en la Ley de la Garantía Mobiliaria es tan bueno como se señala en el Dictamen de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera.

3. ¿QUÉ PODERES DEBEMOS REQUERIR AL CONSTITUYENTE EN EL CASO DE PERSONAS JURÍDICAS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA GARANTÍA MOBILIARIA?

A partir de lo señalado por la Sexta Disposición Final de la Ley de la Garantía Mobiliaria,⁹ se han modificado numerosas normas legales y cuerpos normativos.

En efecto, es importante subrayar que se derogó íntegramente del Código Civil las normas relativas a la prenda (artículos 1055 a 1090), razón por la cual debe tenerse sumo cuidado con los poderes de los representantes de las empresas que deseen constituir garantía mobiliaria.

En estos casos debería actuarse con suma prudencia.

En tal sentido, si los poderes que se hubiesen otorgado a los representantes de una persona jurídica incluyeren –como era habitual con la legislación vigente hasta el 29 de marzo de 2006– solamente la mención a la posibilidad de preñar bienes muebles, tales facultades resultarían insuficientes para que esos representantes puedan constituir válidamente una garantía mobiliaria.

Decimos esto, en la medida de que conforme a lo establecido por la Ley de la Garantía Mobiliaria, y dados los alcances que ella misma contempla, el contenido de esta Ley rebasa lo que tradicionalmente se entendía como prenda.

⁹ *«Sexta.- Otras derogatorias y modificaciones*

Quedan derogados los artículos 1055 al 1090 inclusive del Código Civil; los incisos 4, 6 y 9 del artículo 885 del Código Civil; el artículo 1217 del Código Civil; los artículos 315, 316 y 319 del Código de Comercio; los artículos 178 al 183 inclusive del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM; los artículos 82 al 87 inclusive de la Ley 23407, Ley General de Industrias; la Ley N° 2402, Ley de Prenda Agrícola; el inciso 12 del artículo 132, el inciso 1 del cuarto párrafo del artículo 158 y el artículo 231 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; Ley N° 6565, Ley del Registro Fiscal de Ventas a Plazos para Lima, Callao y Balnearios; Ley N° 6847, Ley Ampliatoria de la Ley N° 6565; Ley N° 2411, Ley de la Hipoteca Naval; el artículo 44 inciso c y los artículos 49 al 53 de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú; Ley N° 27682, que modifica el artículo 172 de la Ley N° 26702; Ley N° 27851, Ley que modifica la Ley N° 27682; las disposiciones legales y reglamentarias referentes a la prenda de acciones, así como todas las leyes y demás disposiciones que se opondan a la presente Ley».

Ello, pues el concepto de prenda siempre estuvo vinculado, indeliblemente, a la cosa o al bien sobre el que se constituía la prenda.

Sin embargo, la Ley de la Garantía Mobiliaria, más allá de haber logrado unificar los diversos regímenes de prenda existentes en el Perú, ha introducido una figura novedosa, cual es la de haber creado la garantía mobiliaria sobre actos o contratos, lo que ha ampliado notablemente el ámbito de la denominada garantía mobiliaria por sobre el que era el ámbito tradicional de la prenda.

Dentro de tal orden de ideas, no podríamos establecer la equivalencia conceptual entre prenda y garantía mobiliaria.

Todo ello nos conduce a sostener que si el representante de la persona jurídica estuviese expresamente facultado para preñar bienes, dicho poder resultaría manifiestamente insuficiente para constituir garantía mobiliaria.

Además, no debemos olvidar que la prenda ha pasado a ser, a partir del momento de entrada en vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria (30 de mayo de 2006), una figura inexistente en el Derecho Nacional, habida cuenta de que la Ley de la Garantía Mobiliaria ha procedido a suprimir la figura de la prenda en toda la legislación peruana. Por ello, puede decirse que en el Perú constituir una prenda resultaría un acto atípico a partir del momento en que entró en vigencia la referida Ley de la Garantía Mobiliaria.

Ahora bien, si se hubiese indicado que dicho representante tiene facultades para preñar o gravar los bienes de propiedad de la sociedad, entendemos que tal poder también resultaría insuficiente para que el referido representante pueda constituir garantía mobiliaria sobre el bien.

Decimos esto, porque se suele emplear la expresión *preñar o gravar* en el sentido de que ambas palabras fuesen sinónimos. Ello, dado que el régimen todavía vigente de garantías reales, sólo plantea la posibilidad de que se hipotequen los inmuebles o se constituya anticresis sobre ellos y de que se constituya prenda sobre los bienes muebles.

En tal sentido, si en los poderes se dijese que el representante se encuentra autorizado para hipotecar bienes, o para darlos en anticresis y luego se hace referencia a la facultad de *preñar o gravar*, entonces será claro que se estarían empleando las expresiones *preñar* y *gravar* como sinónimos.

En otras palabras, entendemos que no habría posibilidad alguna de que por esta sola expresión se interprete que el representante goza de la facultad de constituir garantía mobiliaria.

Finalmente, nuestra posición también se reforzaría con otro argumento, en el sentido de que no sería posible deducir tal facultad de poderes que tuvieran fecha anterior a la publicación en el Diario Oficial «El Peruano» de la referida Ley de la Garantía Mobiliaria, habida cuenta de que tal figura jurídica ni siquiera había sido creada, legalmente hablando.

Conforme a lo expresado, debemos señalar que en caso el representante de una persona jurídica tuviere poderes para preñar bienes de propiedad de la sociedad, tales poderes no resultarían suficientes como para constituir garantía mobiliaria.

En tal sentido, en esos casos deberá solicitarse que el órgano societario que corresponda estatutariamente, ya sea el Directorio o la Junta General de Accionistas, adopte el acuerdo respectivo otorgando facultades expresas al representante de la empresa para constituir garantía mobiliaria sobre los bienes de propiedad de su representada.

No obstante, sobre este punto es necesario precisar algo adicional.

Decimos esto, en la medida de que los poderes de un representante para constituir garantía mobiliaria *sobre los bienes de propiedad de su representada* resultarían insuficientes para la constitución de garantía mobiliaria en torno a diversos actos sobre los cuales conforme a la referida Ley se puede constituir garantía mobiliaria.

No hay que olvidar que la referida Ley permite la preconstitución de garantía mobiliaria sobre bienes futuros (inciso 12 del artículo 4) y sobre bienes ajenos.

El artículo 20 de la Ley regula la preconstitución de garantía mobiliaria en los casos de los bienes ajenos, antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dichos bienes, o sobre bienes futuros, antes de que ellos existan, o sobre créditos eventuales o futuros.

En consecuencia, en estricto, el poder idóneo de un representante de una persona jurídica, para constituir garantía mobiliaria, no debería restringirse a la facultad de constituir garantía mobiliaria sobre los bienes de propiedad de la empresa, sino comprender también a los créditos y a los bienes muebles ajenos y futuros que, por razones obvias, no son todavía de propiedad de la empresa.

Lima, septiembre de 2006